

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**SENTENCIA CAS. N° 563-2011 LIMA EN ADOPCIÓN POR  
EXCEPCIÓN**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que  
presenta:

MARITZA CUNZA HUAMÁN

ASESOR:

BENJAMÍN JULIO AGUILAR LLANOS

Lima, 2022.

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad exponer la Casación N° 563- 2011. En concreto, el caso abarca una materia muy controvertida respecto de la figura de adopción por excepción, se esconde la Técnica de Reproducción Asistida – “Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler”. En principio, se va a exponer si “la maternidad subrogada” está regulada en nuestro ordenamiento jurídico; de ser así, ¿cuál es su interpretación?, ¿es legal o no dicha figura? También, se plantea si bajo esta modalidad del proceso adopción por excepción cabe la existencia de esconder una materia no regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, se desarrollará la existencia de oponibilidad de derechos, ya que por un lado, se tiene el interés superior de la menor, en cuanto el derecho a tener una familia y, por el otro lado, el derecho que tienen los padres biológicos a ejercer la patria potestad.

Si bien la “maternidad subrogada o vientre de alquiler” es un tipo técnica de reproducción asistida, que se viene utilizando desde hace décadas por muchas personas en nuestro país, con el deseo de ser padres; sin embargo, por causas ajenas, no pueden cumplir con su proyecto de vida. La práctica de este tipo de reproducción asistida ha generado muchas controversias jurídicas en el país y, con ello, incertidumbre jurídica. Así mismo, deja en claro que la filiación no solo se produce entre padre e hijos biológicos, sino que hoy en día esta naturaleza ha cambiado, ya que existe una madre gestante, madre biológica y madre legal, la cual respecto de la madre legal la filiación nace con el reconocimiento legal por parte de ésta. Por otro lado, la madre gestante que es la que lleva el proceso del embarazo.

En el presente trabajo de investigación, aboca distintos supuestos o problemas jurídicos, la cual será desarrollado a lo largo del presente. Además, se va a exponer los hechos relevantes, así como el desarrollo de los conceptos necesarios para poder abordar los temas en conflicto. Así mismo, con las preguntas formuladas como problemas jurídicos se va emitir opinión, respecto de la posición adoptada por los Magistrado, sí se está a favor o en contra de la presente casación.

## ÍNDICE

### Contenido

I. INTRODUCCIÓN.....	3
1. Justificación de la elección de la resolución .....	3
1.- PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....	4
2. Presentación del caso y análisis.....	5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES .....	6
1. ANTECEDENTES .....	6
2. HECHOS RELEVANTES .....	6
3. Pronunciamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República .....	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS .....	9
1. Problema principal .....	9
2. Problemas secundarios .....	10
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A .....	11
1. Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	11
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....	12
1. ¿Cuál es el marco legal aplicable en nuestro ordenamiento jurídico peruano respecto a las técnicas de reproducción asistida - maternidad subrogada o vientre de alquiler? ¿Qué interpretación se le otorga al artículo 7° de la Ley General de Salud? .....	12
2. Bajo la simulación del pedido de adopción por excepción, ¿se oculta y opera la técnica de reproducción asistida? ¿Esta podría variar la decisión jurisdiccional arribada? .....	19
3. ¿Es posible que, habiéndose procreado a la menor bajo la técnica de reproducción asistida “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, cambie en algún sentido el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema? Pero, en todo caso, ¿“el interés superior de la menor” tiene, en el presente caso, una mayor fuerza? ¿Es necesario privar a una menor del derecho a tener una familia o limitar el derecho a ejercer la patria potestad por parte de sus padres biológicos? .....	26
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES .....	31
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	36
VIII. ANEXOS .....	39

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Justificación de la elección de la resolución

El presente tema, materia de análisis, ha sido de motivación, como herramienta de investigación, en virtud de que, en nuestro ordenamiento jurídico, existen diversas posturas respecto de la legalidad de la “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, como un tipo de técnica de reproducción asistida, el presente caso llama mucho la atención, en virtud que existe una supuesta simulación al momento de optar por el proceso de adopción por excepción, bajo la oculta práctica de la técnica de reproducción asistida (TERA). Además, se advierte que el único artículo contempla un solo tipo de reproducción asistida se encuentra establecido en el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842).

Cabe resaltar, que en la referida sentencia de casación materia de análisis, se observa cómo los magistrados optan por solo pronunciarse respecto de la adopción por excepción ante la evidente fragancia de la práctica de TERA en el caso materia de análisis, dejando de lado el desarrollo legal correspondiente a la “maternidad subrogada”.

En ese orden de ideas, los magistrados desarrollan el principio de interés superior de los niños y adolescentes como garantía para la protección de sus derechos. De ese modo, el derecho del menor debe prevalecer frente a cualquier otro; asimismo, se debe aplicar la interpretación que más favorezca al menor. Además, la “maternidad subrogada o vientre de alquiler” es un tipo de técnicas de reproducción asistida, que se viene utilizando desde hace décadas en nuestro país, con el deseo de ser padres y por causas ajenas no pueden cumplir con su proyecto de vida.

La práctica de este tipo de reproducción asistida ha generado muchas controversias jurídicas en el país y, a su vez, incertidumbre jurídica. Así mismo, deja en claro que la filiación no solo se produce entre padre e hijos biológicos, sino que esta naturaleza ha cambiado, ya que existe una madre gestante, madre biológica y madre legal, la cual respecto de la madre legal la filiación nace con el reconocimiento legal por parte de ésta. Por otro lado, la madre gestante que es la que lleva el proceso del embarazo.

## 1.- PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	<b>CAS. N° 563-2011-LIMA</b>
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	✓ DERECHO DE FAMILIA ✓ ADOPCIÓN EXCEPCIONAL
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	✓ CAS. N°5003-2007, SALA CIVIL PERMANENTE. ✓ EXP. N° 183515-2006-00113-15° JUZ.FAM – LIMA
DEMANDANTE	✓ Dina Felicitas Palomino Quicaño ✓ Giovanni Sansone
DEMANDADO/DENUNCIADO	✓ Paúl Frank Palomino Cordero ✓ Isabel Zenaida Castro Muñoz
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	✓ SALA CIVIL PERMANENTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## 2. Presentación del caso y análisis

La presente casación, materia de análisis, se inicia con la presentación de la demanda de adopción por excepción interpuesta por la Sra. Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone contra los demandados Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz por la Adopción Civil por Excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el 26 de diciembre de 2006.

Señalan que la niña, cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño. Invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso b del artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente a los demandantes.

Asimismo, los demandantes y demandados acordaron que Isabel Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de reproducción asistida, a fin de procrear a la menor. Estando bajo la denominada fecundación artificial heteróloga que de acuerdo con la procedencia de sus genes estamos ante la figura denominada “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja, a cambio de mejorar su situación económica y viajar a Italia con su familia.

Es el caso, que una vez que la demandada alumbrara al bebé, ésta debería entregarle de inmediato a la recién nacida, lo que se concretó, a efectos de iniciar un proceso de adopción por excepción contemplado en el artículo 128°, inciso b, en virtud del vínculo familiar que existía entre la demandante y demandado. De ello se deduce que fue un embarazo por encargo, utilizando su vientre como una especie de alquiler. Asimismo es necesario indicar que a cambio de llevar el proceso de gestación se le otorgó un beneficio económico en favor de la que prestó el vientre.

Por otro lado, en el presente caso, se analizará si este tipo de técnica de reproducción asistida se encuentra contemplado por el ordenamiento peruano. Además, se estudiará la interpretación del artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842 1995: 1). Siguiendo la misma línea, nos formulamos la pregunta respecto en este caso en concreto: sí bajo la simulación de la adopción por excepción se esconde la técnica de reproducción asistida.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

### 1. ANTECEDENTES

- 1.1. Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone interponen demanda contra Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz, de adopción por excepción.
- 1.2. Con fecha 15.04.2010 el Juez de primera instancia declara fundada la demanda de adopción por excepción, en todos sus extremos.
- 1.3. Con fecha 30.11.2010, según la Sala Especializada de Familia de La Corte Superior de Justicia de Lima se emite la sentencia de vista que declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de Don Giovanni Sansone y de Doña Dina Felicitas Palomino Quicaño.
- 1.4. Con fecha 28.01.2011, la Sra. Isabel Zenaida Castro Muñoz, interpuso recurso extraordinario de casación ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, contra la sentencia de vista, que declara fundada la demanda sobre adopción por excepción.
- 1.5. Con fecha 06.07.2011, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, declaró procedente el recurso extraordinario de casación invocado por la Sra. Isabel Zenaida Castro Muñoz, sobre adopción por excepción.
- 1.6. Con fecha 06.12.2011, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declara infundado el recurso de casación, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista que declara fundada la demanda.

### 2. HECHOS RELEVANTES

- 2.1. Los demandantes invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso b del artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, en razón de que la niña preadoptada es hija del demandado Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la codemandante Dina Felicita Palomino Quicaño. De esta manera, se cumplió el requisito sobre el grado de parentesco consanguíneo que precisa la indicada norma.
- 2.2. En el proceso se adjuntó el acta de nacimiento con el que se acreditó el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, como medio probatorio de la filiación con el demandado, conforme lo establece el artículo 387° del Código Civil Peruano.

- 2.3. Durante el proceso se adjuntó una prueba de ADN con el que se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es el padre biológico de la niña preadoptante, sino el propio demandante Giovanni Sansone.
- 2.4. Ante la existencia en autos del acta de nacimiento de la menor, se consideró que ello constituye documento público, con eficacia jurídica que establece la paternidad legal del demandado al no haberse presentado sentencia judicial firme que declare su nulidad. Para ello, puede verificarse el artículo 58° de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Ley N° 26497 1995: 12).
- 2.5. Isabel Zenaida Castro Muñoz, en audiencia única, se desistió de continuar con el proceso de adopción, que reiteró mediante escritos varios, los que fueron desestimados por imperfección de subsanación, no ejerciendo su derecho a impugnar.
- 2.6. El juzgado emitió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en la aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente, y el respeto de sus derechos en oposición al derecho de la madre de prestar su asentimiento para la adopción frente al derecho de la niña a tener una familia con los demandantes.
- 2.7. Ante ello, la demandada interpone apelación, en el cual La Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2010, bajo el argumento que desde un inicio la demandada había desnaturalizado la condición humana de su menor hija, haciendo prevalecer el interés superior de la menor, el derecho a tener una familia y crecer en un ambiente con amor, cariño y protección.
- 2.8. Posteriormente, la recurrente recurre al recurso extraordinario de casación, alegando infracción a la norma sustantiva de los artículos 115° y 128°, inciso b, del Código de los Niños y Adolescentes, así como los artículos 378°, incisos 1 y 5, y 381° del Código Civil Peruano.
- 2.9. La Corte Suprema declara procedente la casación por cumplir con los requisitos formales. Analiza las infracciones denunciadas respecto del artículo 115° y 128°, incisos b, del Código de los Niños y Adolescentes, indica que la primera y segunda causal carecen de sustento legal. Asimismo, los artículo 378°, incisos 1 y 5, y 381°, respecto de esta tercera y cuarta causal, señala que no pueden ser amparadas.
- 2.10. Por tales consideraciones, declara infundado el recurso de casación, no casaron la sentencia de vista que declara fundada la demanda.

### **3. Pronunciamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**

- 3.1. La Sala precisó previamente que, encontrándose involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.
- 3.2. Además, a sala define el Interés Superior del Niño citando el (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños),
- 3.3. La Corte Suprema declara procedente la casación por cumplir con los requisitos formales. Analiza las infracciones denunciadas respecto de los artículos 115° y 128°, inciso b, del Código de los Niños y Adolescentes, el cual indica que la primera y segunda causal carecen de sustento legal.
- 3.4. Asimismo, con respecto a los artículos 378°, incisos 1 y 5, y 381°, de esta tercera y cuarta causal, no pueden ser amparadas. Finalmente, desarrolla la oponibilidad de derechos con respecto al derecho de ejercer la patria potestad y al derecho de la menor a tener una familia. Además, prevaleció el interés superior del menor, en el sentido de que prevaleció el derecho a tener una familia.
- 3.5. Por tales consideraciones, declara infundado el recurso de casación. NO CASARON la sentencia de vista que declara fundada la demanda.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

#### 1. Problema principal

- 1.1. ¿Cuál es el marco legal aplicable en nuestro ordenamiento jurídico peruano respecto a las técnicas de reproducción asistida - la maternidad subrogada o vientre de alquiler? ¿Qué interpretación le damos al artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842?

En el presente caso, corresponde analizar si la técnica de reproducción asistida – “maternidad subrogada – vientre de alquiler” está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico peruano, puesto que hoy en día la tecnología y la medicina han ido evolucionando y se refleja en este tipo de TERA la “maternidad subrogada”, que genera incertidumbre jurídica, en razón que existen distintas posiciones por parte de los magistrados, no hay una postura unificada que les pueda servir de referente para resolver los casos, así como el caso materia de análisis.

Este tipo de reproducción se presenta como una solución a los problemas de muchas parejas que no pueden procrear, por causas como la edad, por enfermedades degenerativas que hace imposible llevar el proceso del embarazo, lo cual ocasiona que muchos de ellos recurran a la subrogación de vientre, tal y como se puede analizar en el caso en concreto. Este tipo de “maternidad subrogada”, en la cual la pareja realiza dicha práctica, une su material genético y es implantado en el útero de la mujer que va a alquilar el vientre, la misma que llevará el proceso de gestación, con la finalidad que posteriormente al dar a luz, ésta deberá entregarle de inmediato a la pareja que aportó el semen, para efectos reproductivos.

Esta técnica ha originado posiciones diferentes respecto a su regulación. Por consiguiente, este trabajo tiene como finalidad brindar las herramientas necesarias para analizar dicha problemática en nuestro país.

## 2. Problemas secundarios

### 2.1. ¿Bajo la simulación del pedido de adopción por excepción, se oculta y opera la técnica de reproducción asistida? ¿Podría variar la decisión jurisdiccional arribada?

El presente tema, materia de análisis ha sido de motivación, como herramienta de investigación, en razón que hasta la fecha no se encuentra regulada de manera expresa en el ordenamiento jurídico de nuestro país la “Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler”, la misma que no ha sido considerado en la solución de la presente controversia. Además, se advierte que ante la presencia de este procedimiento que no desarrolla el tema legal de la maternidad subrogada, implica la existencia de una “aparente simulación” que deviene en un supuesto fraude a la ley para llegar a la adopción de la menor, ésta de alguna forma se interpondría en el resultado en contraposición a la aplicación del principio del interés superior del niño o niña y del adolescente.

### 2.2. ¿Es posible que, en el presente caso, al evidenciarse que la menor ha sido procreada bajo la técnica de reproducción asistida “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, cambie en algún sentido el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema? Pero, en todo caso, ¿“el interés superior de la menor” tiene en el presente caso una mayor fuerza? ¿Es necesario privar a una menor del derecho a tener una familia o limitar el derecho a ejercer la patria potestad por parte de sus padres biológicos?

En ese sentido es necesario, indicar que para adoptar una postura es necesario desarrollar qué se entiende por “interés superior del niño”, así como la legislación que lo avala. Además, cabe tener en cuenta que este es un conflicto de derechos. Sin embargo, se debe precisar que cuando haya una interpretación que afecte al menor, se debe elegir la más favorable a este último, a efectos de proteger y garantizar sus derechos. Por ello, la presente pregunta se va a desarrollar de manera objetiva en el punto V: Análisis de los problemas jurídicos.

#### IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

##### 1. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En base a la decisión emitida por la Corte Suprema, estoy a favor de dicho pronunciamiento, en virtud de que siempre se debe velar por la protección de los derechos del menor. Asimismo, se debe proteger el desarrollo integral de la personalidad del menor y, ante la oposición de derechos, debe prevalecer el interés superior del niño. Además, debe elegirse lo más favorable para el menor.

Se advierte que, ante el conflicto de derechos respecto a ejercer la patria potestad por parte de los padres biológicos y el derecho del menor a tener una familia, optar por favorecer el interés del menor fue mejor la decisión, ya que en todo momento la Corte Suprema estuvo velando por los intereses y protección del infante. Además, los padres biológicos no iban a ser buenos referentes para la estabilidad e integridad emocional de la menor toda vez que, desde el inicio de la procreación de la menor, desvalorizaron la condición humana de esta al recibir beneficios económicos a cambio de darla en adopción.

Sin embargo, soy de la opinión de que la Corte Suprema debió pronunciarse y desarrollar el tipo de modalidad en que fue concebida la menor, la cual fue procreada bajo la técnica de reproducción asistida – “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, a efectos de tener un referente respecto a la interpretación de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), dentro del ordenamiento jurídico peruano. Cabe resaltar que la técnica de reproducción asistida ha generado que se abandone la concepción antigua de filiación, la cual no solo se produce por el vínculo biológico entre padre e hijo, sino también por aquella persona que reconoce legalmente a la menor; se trata de un claro ejemplo “adopción”. En este caso, se estaría produciendo una relación de filiación legal.

## V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

### 1. ¿Cuál es el marco legal aplicable en nuestro ordenamiento jurídico peruano respecto a las técnicas de reproducción asistida - maternidad subrogada o vientre de alquiler? ¿Qué interpretación se le otorga al artículo 7° de la Ley General de Salud?

Se advierte de los hechos un evidente caso de aplicación de la técnica de reproducción asistida (TERA), mediante la “maternidad subrogada”, conocida comúnmente como “vientre de alquiler”, por lo que corresponde establecer si esta condición se encuentra legalmente aceptada por nuestra legislación. Asimismo, se procede a describir la definición de TERA, así como la definición de maternidad subrogada, a efectos de poder entender la materia en mención. En ese sentido, se tiene lo siguiente:

#### 1.1. Técnica de reproducción asistida

De acuerdo con Rupay, las técnicas de reproducción asistida constituyen una alternativa de solución para los problemas de infertilidad de las parejas (2018: 104). Al respecto, la OMS define la infertilidad como la “enfermedad del sistema reproductivo caracterizada por el fracaso en alcanzar un embarazo clínico después de 12 meses o más de las relaciones sexuales desprotegidas” (citado en Rupay 2018: 105).

Como se sabe, la infertilidad es un problema que muchas mujeres padecen, debido a un asunto cronológico, problemas de salud degenerativos, o porque el vientre no cumple con las condiciones necesarias para llevar a cabo una gestación sana. Por ello, debido a este tipo de inconvenientes, muchas parejas optan por llevar a cabo un procedimiento de técnica de reproducción asistida, con el fin de llegar a tener una familia sólida y el deseo impostergable de convertirse en padres. En el Perú, desde hace muchos años, algunas clínicas ofrecen este tipo de procedimientos.

#### 1.2. Maternidad subrogada o vientre de alquiler

Rodríguez López define la “maternidad subrogada” como “el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos del recién nacido a favor de otra mujer que figurará como la madre de éste” (citado en Villamarín, 2014, p. 34).

Por otro lado, Hauser indica que “En general, la mayoría de las legislaciones mantienen la atribución o reconocimiento de la maternidad vinculada al hecho del parto apoyándose, de esta forma, en el vínculo biológico y basándose en el principio romano, tomado por Paulo del Digesto, ‘mater Semper certa est’” (2010: 85).

Asimismo, Valdés Díaz señala que

la mujer que da luz puede ser la que presta el vientre, sin vínculo biológico con el nacido, sin aportar sus óvulos. También, está aquella mujer que desea ser madre, pero no está apta para concebir ni gestar. Aparece así la diferencia entre portadora subrogada y madre subrogada o sustituta (2014: 462).

Siguiendo la misma premisa, hoy en día la concepción de “maternidad” ha variado con el pasar del tiempo, pues existen diversas modalidades para concebir y, de esta manera, ser madre. Una de estas es la “técnica de reproducción asistida”, en la cual existe aquella que “inserta el material genético”, otra que “alquila o presta el vientre”, y otra que en distintas circunstancias no puede otorgar material genético, ni mucho menos llevar la gestación. Sin embargo, se convierte en madre con la espera de recibir al niño que encargó, asumiendo así derechos y obligaciones que deriven de este menor y de la condición de ser madre.

Se entiende que madre no solo es aquella mujer que lleva en su vientre al concebido hasta el día de dar a luz, sino que también puede llamarse a aquella que, después del nacimiento del bebé, brinda de atenciones a este con amor, cariño, protección y cuidados. Queda claro que no se entiende el concepto de madre como la que solamente lleva la gestación, sino también la que, finalmente, en este proceso del embarazo, opte como salida legal **por la adopción**, y que está dispuesta a llenar al menor con amor, cariño, atenciones y protección integral que se requiere para el correcto y sano desarrollo del menor, como es el caso en concreto.

### 1.3. Análisis jurídico

La presente casación materia de análisis, es el caso de una hija que ha venido al mundo bajo las técnicas de reproducción asistida. De esta manera, los demandantes y demandados acordaron que Isabel Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometan a un proceso de reproducción asistida, a fin de procrear a la menor. Estando bajo la denominada fecundación artificial heteróloga, en virtud de la procedencia de sus genes, se inserta material genético del hombre en el útero de una mujer quién es la que otorga óvulos y presta el vientre, bajo el compromiso de entregar a la menor (por encargo) una vez de realizado el nacimiento a las personas que solicitaron la procreación, estamos ante la figura denominada “maternidad subrogada o vientre de alquiler”.

Ambas partes acordaron que, una vez que la demandada alumbrara al bebé, esta debería entregarle de inmediato a la recién nacida, lo que se concretó, a efectos de iniciar un proceso de adopción por excepción, en virtud del vínculo familiar que existía entre la demandante y demandado. De ello se deduce que fue un embarazo por encargo y utilizó su vientre como una especie de alquiler. Asimismo, es necesario indicar que, a cambio de llevar el proceso de gestación, se le otorgó una contraprestación económica en favor de la que prestó el vientre. Se trata de una situación desfavorable para la madre gestante, pues no respeta la dignidad de la mujer portadora del vientre, el mismo que queda reducido a la condición de objeto. La comercialización del cuerpo denigra aún más a la persona portante, en la medida de que se le prohíbe su participación en la crianza (Aparisi 2017: 172).

En virtud de ello, considero que esta modalidad de reproducción es aquella condición que se presenta cuando una persona del sexo femenino presta su vientre para la gestación de un ser, además se le inserta el semen de otra persona (padre biológico), con fines reproductivos para luego ser entregado al padre biológico (persona que aportó el material genético), modalidad que se configuró y se adoptó en el presente caso. En virtud, de lo expuesto, se estaría generando una controversia en contraposición con el principio de la legalidad, toda vez el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) establece que:

Toda persona tiene derecho a la reproducción asistida, siempre que la reproducción de la madre genética y de la madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos (citado en Aguilar Llanos 2020: 243).

Haciendo una interpretación literal de la norma se observa que prohíbe este tipo de maternidad, en virtud que consigna que la madre gestante y la madre biológica deben ser la misma. En consecuencia, sólo regula y reconoce un tipo de reproducción asistida, descartando la maternidad subrogada, es decir la madre genética no puede ser distinta a la madre gestante. Al respecto, no se puede perder de vista que el niño tiene derecho a conocer quiénes son sus padres biológicos. Este hecho se complejiza aún más si se trata de una donación anónima, dado que repercute decididamente en el proceso de identidad del menor durante su proceso de crecimiento (Jouve de la Barreda 2017: 161).

Siguiendo la misma línea, la norma en mención, se entiende que no se puede dar el caso que la subrogadora sustituta (gestante), además sea la misma que da a luz al bebé, y al mismo tiempo sea reconocido legalmente por otra mujer; sin embargo, no se ha decidido de modo firme si ello atenta contra el libre derecho de las parejas a ser padres, que implica el desarrollo de la personalidad como tal, a la autonomía reproductiva de las personas y su derecho a la protección familiar, en atención a que el sistema de justicia en nuestro país se ha pronunciado en forma contradictoria sobre este tema, afectando al sistema jurídico y la seguridad jurídica.

Además, con respecto a La Ley N° 26842 Ley General de Salud, Aguilar Llanos señala lo siguiente:

“[...] Se exige el consentimiento escrito del padre biológico, con lo cual está dejando de lado que las Teras se realice sin consentimiento e incluso consentimiento del padre biológico, y por último acepta implícitamente la fecundación in vitro, pero solo con fines de procreación (2020: 244).

Al respecto, en virtud de lo manifestado en los párrafos anteriores, la Organización Mundial de Salud considera a la infertilidad como “la quinta mayor discapacidad” (citado en Villamarín 2014: 4-5).

Por ello, al no existir una ley exclusiva y específicamente de técnicas de reproducción asistida, va creando una gran controversia de posiciones en los magistrados. Esto ocasiona que muchos de ellos tomen decisiones y posturas diferentes al no tener un referente que los encamine a tener una posición unificada respecto a este tipo de TERA “maternidad subrogada”, lo que es peor aún se atente contra el principio del interés superior del niño, que es lo que está en juego.

Si bien la citada norma de la Ley General de Salud plantea una sola posibilidad permitida de reproducción asistida con fines de procreación. Al no desarrollar los tipos prohibidos de reproducción asistida, se estaría permitiendo todo aquello que no está prohibido. Al respecto, en el inciso 24, literal a, del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, se establece que ningún ciudadano puede ser forzado o impedido de hacer aquello que la ley no prohíbe (2019: 58).

En ese orden de ideas, se puede rescatar dos sentencias con posiciones distintas, la cual demuestran evidentemente que en nuestro ordenamiento jurídico peruano existe incertidumbre jurídica al no mantener una sola posición unificada respecto de la maternidad subrogada, la misma materia que tiene criterios diferentes. Asimismo, La Casación N° 5003-2007- Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República dispone que:

La fecundación heteróloga estaría prohibida por el artículo N° 7 de la Ley General de Salud y que “se vulnerarían los derechos fundamentales de la menor” (Siverino 2010: 21-22).

Se desprende de esta sentencia, que la Corte Suprema hace una interpretación literal de la norma, quedando prohibida la maternidad subrogada, en donde sólo existe un tipo de maternidad, es decir la madre biológica debe ser la misma que la madre gestante, caso contrario es considerado una maternidad ilegal, en razón que la norma lo prohíbe. No admite condición en contrario, toda vez que, en el presente caso, no se ha valorado el hecho de que la madre haya llevado todo el proceso de la gestación – madre gestante. Simplemente, la Corte Suprema hace relación al vínculo biológico que debe existir entre madre e hija independientemente de la relación que existió durante y después del embarazo. La Corte Suprema decidió que la niña sea entregada a su padre biológico y a la esposa de este, pese que la menor nunca había tenido contacto con este último. En ese sentido, observamos una posición contradictoria con respecto a la legalidad de la maternidad subrogada.

No obstante, ello se encuentra el Expediente 183515-2006-00113 del Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima, expresa lo siguiente:

Cuando la maternidad genética y la gestante no coinciden, esto es “una situación de hecho que no está prohibida legalmente, pero que tampoco está expresamente permitida y a tenor del artículo 2 inciso 24 de la Constitución Nacional que regula el principio de reserva en virtud

del cual 'Nadie está obligado a lo que la Ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe' y por ende se considera lícita la conducta" (Siverino 2012: 217).

El referido juzgado es del criterio que la "maternidad subrogada" no está expresamente prohibido. En consecuencia, este tipo de reproducción asistida no puede considerarse como una conducta ilícita. Observamos, que los criterios adoptados por la Corte Suprema y por el Juzgado tienen interpretación diferente y en consecuencia se genera cierta incertidumbre jurídica respecto a la legalidad de la maternidad subrogada, por el solo hecho de adoptar posiciones opuestas. Lo importante, en este tipo de sentencias es que no se vulnere los derechos constitucionales de las personas, pero sobre todo que no se atente contra el Principio superior del interés del niño, por lo que siempre debe prevalecer y tenerse en consideración al momento del pronunciamiento.

Por todo lo expuesto, en base al análisis desarrollado, por la suscrita en los párrafos precedentes, con respecto al artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), teniendo en cuenta la postura de los magistrados en sus sentencias; y atendiendo a la pregunta formulada en el inicio, se puede colegir que en el Perú a pesar que desde hace décadas se viene realizando las técnicas de reproducción asistida, es el caso de "la maternidad subrogada o vientre de alquiler", no existe aún una legislación especial respecto de dicha materia, dejando un evidente vacío que es necesario regular de manera expresa y específica.

La única referencia a las técnicas de reproducción, en general es el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842). Por ello, es urgente la existencia de una norma que contemple los procedimientos a realizar, pues este tipo de técnicas incluye procedimientos ligados a la vida humana y debería pensarse en elaborar una ley especializada sobre el tema. Aunado a ello, se trata de evitar que se incurra en excesos respecto del uso de estas prácticas de reproducción asistida, bajo el pretexto de querer formar una familia y el proyecto de vida que esto trae consigo.

Asimismo, queda claro que la interpretación que se le da al artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), solo reconoce y regula un tipo de maternidad. De igual modo, exige que la madre biológica debe ser la misma que la madre gestante, descartando otros tipos de reproducción asistida como, por ejemplo, no se permite que la madre genética sea distinta a la madre que reconoce legalmente al menor, o distinta a la madre que llevó el embarazo (la que prestó su vientre). Por consiguiente, en nuestro ordenamiento no se permite "la maternidad subrogada o el vientre de alquiler".

Es necesario precisar que, toda esta incertidumbre jurídica y la carencia de regulación normativa respecto a los tipos de reproducción asistida y su procedimiento aplicar, desencadena que no se pueda otorgar una adecuada protección aquellas parejas que desean ser padres, por lo que al no contar con los mecanismos legales que tutelen sus derechos optan por buscar otra salida legal, como es el caso de la adopción.

Siguiendo la misma premisa, es el Estado quien debe garantizar a cada persona para que pueda llevar a cabo su proyecto de vida, en este caso el de ser padres, hoy en día esta garantía está fallando al no existir norma que regule dicho procedimiento de manera específica para que se pueda tener una familia, además de correr el riesgo de la vulneración de sus derechos constitucionales, así como la desintegración de la propia familia y lo más importante pone en riesgo el interés superior del niño, toda vez que el menor tiene derecho a tener una familia y con ello a crecer en un ambiente sano y equilibrado.

En el presente caso, la Corte Suprema omite pronunciarse con respecto a la técnica de reproducción asistida, por lo que se puede presumir que ello se debe en razón que la misma no se encuentra regulada de manera específica en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es un claro ejemplo de “maternidad subrogada o vientre de alquiler”. Sin embargo, la Corte Suprema hizo prevalecer el interés superior de la niña, toda vez que se ponía en situación de riesgo el cuidado de la menor, porque sus padres biológicos, quienes ejercían la patria potestad desde un inicio desvalorizaron la condición humana de la menor. Por ello, solicitaron una contraprestación económica a efectos de mejorar su calidad de vida y viajar a España, a cambio de entregar a la menor a sus adoptantes, lo que se logró.

Además, la menor fue entregada a los días de nacida y la convivencia con sus adoptantes fue de manera ininterrumpida. Se observa, que los demandantes, desde un inicio planificaron recurrir a la maternidad subrogada, bajo la figura de la adopción por excepción, en aras del grado de parentesco que existía con el demandado. Ello en virtud, que no existen instrumentos legales que puedan tutelar sus derechos. Por todo lo expuesto, se puede deducir que este cuerpo normativo rechaza la “maternidad subrogada”.

**2. Bajo la simulación del pedido de adopción por excepción, ¿se oculta y opera la técnica de reproducción asistida? ¿Esta podría variar la decisión jurisdiccional arribada?**

Es menester indicar que hasta la fecha en nuestro país se viene optando por la técnica de reproducción asistida, en razón que muchas mujeres tienen problemas para concebir o padecen de ciertas enfermedades patológicas, pero no es menos cierto que bajo el pedido de adopción por excepción se oculta y opera la técnica de reproducción asistida para formalizar dicho proceso y con ello conseguir la denominación de Padres Legales.

Así mismo, **se advierte la concurrencia de un supuesto fraude a la Ley bajo esta modalidad**, en el presente análisis es necesario pronunciarnos respecto de la regulación legal de adopción por excepción en nuestro ordenamiento jurídico peruano, bajo la normativa que operaba en el momento de la casación, así como sus modificatorias en el tiempo.

Además, es fundamental centrarse en el rol que cumple la presente Corte Suprema de Justicia – Sala Civil Permanente de Lima, respecto de la casación materia de análisis, que trae consigo oposición de derechos como el Principio de Protección del Interés Superior del Niño y el Adolescente. Esta recae en la adoptante y el derecho que tienen los padres biológicos en ejercer la patria potestad para saber cuál de ellos va a prevalecer y por qué.

### 2.1 Adopción

De acuerdo con lo estipulado en el Código de los Niños y Adolescentes, Varsi Rospigliosi define el término adopción como

una institución tutelar de Derecho de familia que implica la celebración de un acto jurídico familiar en virtud del cual se busca establecer una relación parental paterno filial entre dos personas que no tienen vinculación consanguínea (2013: 499).

Seguido de ello, en el artículo 377° del Código Civil Peruano, se define al adoptado como “la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea” (2016: 203). Al respecto, Aguilar Llanos comenta dicho artículo y dispone que este “no limita la adopción entre adoptante y adoptado, sino que por la adopción el adoptado se incorpora a la familia del adoptante” (2016).

En virtud de lo indicado, la referida normativa crea una relación filial respecto de los adoptantes con el adoptado, quien a su vez adquiere todos los derechos que por la propia naturaleza de ser hijo le corresponde, al pasar a la esfera familiar de sus adoptantes, tales como los derechos sucesorios, alimentos, etc.). Por otro lado, deja expreso que el adoptante corta los lazos de filiación con su familia biológica. Asimismo, la idea de la adopción es brindarle al adoptado una familia, en línea ascendente y descendente y no solamente un padre y una madre. Por ello, Aguilar Llanos señala que el adoptado:

se convierte en hijo del adoptante, y como hijo que es, está debidamente protegido por el artículo 6 de la Constitución Política del Perú (2020: 43).

Además, de ello, en el artículo 115° del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), “el adoptado adquiere la calidad del hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea” (2000: 39). Queda claro que el referido artículo hace alusión a la adopción como una medida de protección ante el estado de desprotección del menor, la cual el Estado es el garante.

De igual manera, de acuerdo con el artículo 127° del cuerpo normativo del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), modificada por Decreto Legislativo N° 1297, que declara procedente la adopción de niños y adolescentes únicamente cuando el infante se encuentra en estado de desprotección: “La adopción de niños o de adolescentes sólo procede una vez declarada judicialmente el estado de desprotección familiar y adoptabilidad, salvo los casos previstos en el artículo 128° del presente Código” (2000: 42).

Al respecto, este artículo establece que para que opere la figura de adopción previamente deberá declararse el estado de desprotección del menor, la misma que deberá ser judicialmente. Además, el mismo apartado reconoce que existe una excepción dentro de lo que corresponde al tema de adopción, la cual está regulada en el artículo 128° del mismo cuerpo legal. Cabe resaltar que la antigua normativa establecía la declaración de estado de abandono y no la desprotección familiar.

## 2.2. Adopción por excepción

La casación materia de análisis recoge en el artículo 128°, inciso b, del Código de los Niños y Adolescentes, lo siguiente:

[...]

b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción (2016: 42).

En alusión al artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, dispone que para que opere la adopción por excepción no se requiere de la declaración previa “de estado de abandono del menor”, tal y como sí ocurre en otros casos de adopción regular contemplados en el mismo cuerpo legal, mediante proceso administrativo de adopción. No obstante, la adopción por excepción se da a través de un proceso judicial, el mismo que hace referencia que el menor podrá ser adoptado siempre y cuando exista un enlace de parentesco entre sus adoptantes.

En ese orden de ideas, se tiene que en el presente caso materia de casación, se realizó la técnica de reproducción asistida para procrear a la menor (preadoptada), **queriendo ocultar dicha conducta bajo el pedido de adopción por excepción.** En razón, que desde un inicio los demandantes habían realizado previo acuerdo y de manera voluntaria con los demandados someterse a esta técnica de reproducción asistida en una clínica de Miraflores, a efectos que el señor Giovanni Sansone inserte sus espermatozoides en el vientre de la demandada Sra. Isabel Zenaida Castro Muñoz , previo consentimiento de su conviviente, en donde ambos aceptaron someterse a dicha técnica con la finalidad de obtener un beneficio económico y mejorar su calidad de vida.

Así mismo, soy de la opinión que se optó por este proceso de reproducción asistida, debido que el demandado el Sr. Paul Frank Palomino Cordero es sobrino de Dina Felicitas Palomino Quicaño (demandante), quien es la hermana de su padre, existiendo así cierto grado de consanguinidad entre la adoptante y la adoptada, la cual cumple con el supuesto legal del inciso b del artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, con la finalidad de optar por una salida legal, ya que las técnicas de reproducción asistida como es la Maternidad Subrogada no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico peruano, puesto que en virtud del artículo 7° de La Ley 26842, Ley General de salud permite el uso de las TERA, sin embargo sólo se reconoce un tipo: que la madre biológica debe ser la misma que la madre gestacional. Con el objetivo que cuando la niña nazca se la entreguen a los demandantes a efectos de iniciar el proceso de adopción por excepción. Es por ello,

que los demandantes inician la demanda de adopción por excepción, invocando el artículo 128°, inciso b, del Código de los Niños y Adolescentes, señalando que tienen a la niña en su poder desde los primeros días de nacida y de manera ininterrumpida.

Cabe resaltar que la niña fue reconocida por su madre biológica (la demandada) y por su conviviente (el demandado). El reconocimiento se otorgó mediante acta de nacimiento, figurando este último como padre biológico. Es menester indicar que el acta de nacimiento constituye un documento público, siempre que no se haya declarado su nulidad mediante sentencia judicial firme. Por esa razón, mantiene su validez y eficacia jurídica, en virtud de lo prescrito en el artículo 58° de la Ley Orgánica del Reniec (Ley N° 26497) (1995: 18).

Asimismo, la partida de nacimiento es un medio probatorio de la relación de filiación entre el demandado (padre no biológico) y la preadoptante, en virtud de lo establecido por el artículo 387° del Código Civil Peruano.

La documentación del niño es necesaria para la realización de los derechos del niño, pues, de lo contrario, son invisibilizados por el Estado. Este requisito constituye el factor de reconocimiento del menor, pues la ley admite por igual a hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio siempre y cuando estos mantengan la filiación en la familia. La expedición del documento de filiación (acta de nacimiento o documento de identidad) permitirá al menor ser reconocido como parte del Estado peruano y beneficiario de sus derechos.

### 2.3. Filiación

Para Aguilar, el término filiación se relaciona con el vínculo parental entre padres e hijos, pues es el más extendido (2020: 212). Por otro lado, Varsi Rospigliosi señala que

Paternidad y filiación son términos que expresan calidades correlativas; aquella, la calidad de padre y, ésta, la de hijo. El uno no se puede concebir sin el otro. Pero la palabra filiación presenta un sentido más extenso, correspondiendo no sólo a la paternidad sino también a la maternidad. Como relación jurídica, la filiación une al hijo con el padre, otorgándole una posición legal en la familia con los derechos al nombre, alimentos y herencia. Esta puede ser matrimonial, partiendo la Ley del supuesto de que el hijo nacido dentro del matrimonio se presume del marido, o extramatrimonial la que, al no existir una relación conyugal que la legitime, y a falta de reconocimiento voluntario, debe ser establecida mediante proceso judicial (1999: 29).

De lo expuesto, se puede apreciar que la filiación en nuestro ordenamiento jurídico no solo se determina por la existencia de vinculación biológica, teniendo presente el caso materia de análisis en donde el demandado no es el padre biológico de la menor. Sin embargo, este la reconoció legalmente mediante el acta de nacimiento (documento público), lo que originó, como consecuencia, un vínculo de filiación legal entre el demandado y la pre adoptada. La filiación se ha generado en virtud del reconocimiento de paternidad, mediante el acta de nacimiento, el cual es un medio probatorio de la filiación, así como la prueba legal de paternidad, en virtud de lo prescrito en el artículo 387° del Cuerpo Normativo Código Civil Peruano.

Por lo tanto, se deduce que la filiación no solo se origina por la vinculación de padre a hijo biológico, sino que, como en este caso, se otorga a través del reconocimiento legal y está direccionado a quienes ante la ley está registrado como padre de la menor, bajo la inscripción del acta de nacimiento. Por otro lado, es necesario indicar que, en la presente casación, el derecho peruano admite, en caso de adopción, la filiación en favor de los preadoptantes de la menor, que en este caso serían los demandantes, ya que el menor pasa a tener la calidad de hijo de sus pre adoptantes y deja de pertenecer a su familia consanguínea, asimismo se inscribe una nueva partida de nacimiento.

Es materia de análisis descartar un supuesto y aparente “Fraude a la Ley”, en el sentido que se opta por un proceso de adopción por excepción bajo la oculta práctica de la Técnica de Reproducción Asistida. Se advierte, que La Corte Suprema, en ningún momento cuestionó

la legalidad de la “Maternidad Subrogada”, no se pronunció respecto del hecho que la niña fue procreada bajo la modalidad de Reproducción Asistida, ya que la niña nació producto de la inserción del semen del demandante, con los genes y el vientre de alquiler de la demandada.

Ahora bien, en el presente caso no se puede afirmar que haya ocurrido un supuesto fraude a la ley, siempre que sea el caso que “la maternidad subrogada” se encuentre expresamente prohibida en nuestro ordenamiento peruano. Sin embargo, se ha manifestado en los párrafos precedentes que tal premisa de “PROHIBICIÓN” no es cierta, en razón que el artículo 7° de la Ley N° 26842, de la Ley General de salud solo establece que, permite el uso de las técnicas de reproducción asistida, “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”.

Se desprende, de este marco normativo, que no prohíbe de manera expresa la “Maternidad Subrogada”, simplemente regula un solo tipo de Reproducción Asistida que exige que la madre gestante y la madre biológica debe ser la misma, descartando la “Maternidad Subrogada y otros tipos”. Así mismo, la referida Ley no impone una sanción, de ahí que no se puede colegir que de esta sanción, desencadene el antecedente de esa consecuencia jurídica sea un acto prohibido, en consecuencia una conducta jurídicamente ilícita. Entonces, al no estar esta conducta expresamente prohibida por la ley, por tanto no supone una conducta ilícita, simplemente lo que trata de indicar la norma es que será considerado válido el tipo de reproducción asistida siempre que madre gestante y madre genética sean la misma.

Por ende, queda establecido que hasta la fecha nuestro ordenamiento jurídico no impone ninguna sanción para aquellos que optan por el tratamiento de técnica de reproducción asistida. En consecuencia, si fuera el caso que la “maternidad subrogada” estuviera expresamente prohibida en nuestra legislación peruana, indica una conducta ilícita, pues el hecho de optar como salida legal por una adopción por excepción, podría reflejarse como una evasión de una norma que está expresamente prohibida, en razón que en este caso la única norma que regula la TERA rechaza la “Maternidad Subrogada”, por lo que al no poder aplicarse al caso en concreto materia de análisis se opta como una salida legal el uso de la norma que permite el pedido de adopción por excepción . Por tanto, no se podría hablar de un supuesto fraude a la ley, en virtud que la “Maternidad Subrogada” como tal no está contemplada de manera expresa en nuestro ordenamiento.

Por ende, si hubiera existido de manera expresa la prohibición de la norma, respecto al uso de la TERA – “maternidad subrogada”. A pesar de eso, se lleva a cabo la conducta y al estar establecido como lo indica el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842): “la filiación materna con aquella mujer que da a luz”. Entonces, la única opción para los preadoptantes es recurrir al pedido de adopción por excepción, pedido que pone al Juez en una posición difícil de decidir entre otorgar la adopción y favorecer la violación de la ley que impide se lleve a cabo dicha conducta o proceder en denegar la adopción dejando a la menor sin padres.

En tal sentido, es el caso materia de análisis que se elige la adopción por excepción como salida legal para lograr la condición legal de la menor que no está vinculada biológicamente a la mujer que tiene dicha condición, que tampoco llevó el proceso del embarazo, ni dio a luz a la menor preadoptada. Esta figura permite que los niños puedan alcanzar los mismos derechos que tenían como si los adoptantes fuesen sus padres biológicos. En ese aspecto, recuerda que la legislación peruana no reconoce algunas figuras paternas que son ciertamente comunes en nuestro país (parejas convivientes, separadas, ensambladas, monoparentales), dada la compleja realidad que deben enfrentar las parejas en el Perú (Aquiza Cáceres y otros 2014: 86).

- 3. ¿Es posible que, habiéndose procreado a la menor bajo la técnica de reproducción asistida “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, cambie en algún sentido el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema? Pero, en todo caso, ¿“el interés superior de la menor” tiene, en el presente caso, una mayor fuerza? ¿Es necesario privar a una menor del derecho a tener una familia o limitar el derecho a ejercer la patria potestad por parte de sus padres biológicos?**

En principio para poder abordar estas preguntas, será indispensable pronunciarnos respecto de la definición del Interés superior del niño, así como la regulación por nuestro ordenamiento jurídico peruano y tratados internacionales que respaldan este principio, en virtud de ello, la doctrina dispone lo siguiente:

1. Principio del interés superior del niño

Al respecto, como señala Valdés Díaz, considera que este principio tiene concepto triple, al señalar lo siguiente:

- Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- Es un principio, ya que si una disposición admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión de las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado ese derecho en la decisión (Valdés Díaz 2014: 480).

En tal sentido, queda claro que el Estado debe garantizar y velar por el correcto desarrollo integral del menor, asimismo el referido principio denota que protege al menor en tanto que siempre se va a optar por la posición que sea más beneficiosa y favorable para el menor. Además, protege y reconoce los derechos humanos de los niños y adolescentes. Si no se atiende estas facultades, los niños y adolescentes correrán el riesgo de verse cosificados o desnaturalizados de su condición de seres humanos, hecho que contradice a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En efecto, los menores nacidos mediante maternidad subrogada cuentan con los mismos derechos que aquellos perteneciente a una familia matrimonial.

Así mismo, es importante desarrollar la regulación por nuestro ordenamiento jurídico peruano y los tratados internacionales que respaldan este principio, teniendo en cuenta que el principio interés superior del niño se encuentra regulada por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337).

En efecto, las entidades gubernamentales deben velar por los derechos del niño, lo que garantiza su cuidado como factor social importante para la sociedad. Observamos, además que, en este artículo, se desprende que el Estado vela por el fiel cumplimiento y respeto de los derechos elementales del menor. No obstante, el número de niños que no cuenta con partida de nacimiento ni algún documento de identidad ascendía a cerca de 300.000 hace poco más de una década, factor que se acrecienta en el ámbito rural (Cuenca y Díaz 2010: 117). El abandono de la población infantil en las zonas altoandinas refleja no solo la dificultad que enfrentan algunas instituciones públicas, sino el desinterés de estas mismas entidades por brindar atención a los menores. Al respecto, en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú de 1993, se entiende que el Estado garantiza la protección frente al niño y adolescente.

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (1997: 28). También, se encuentra consagrado en el artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El acceso al derecho de salud es un aspecto importante para tomar en cuenta, dado que es una facultad con que cuentan las personas de acuerdo con la Constitución. De esta manera, el derecho a la ciudadanía, a la educación, a la salud, etc., constituyen categorías que se encuentran amparadas en la primera carta del Estado y representan una obligación adquirida por los gobiernos (Minsa 2005: 75). El artículo mencionado en el párrafo precedente resalta que la infancia tiene derechos a cuidados y asistencias especiales. Además, el artículo 19° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (OEA 2016: 21). El Estado tiene la obligación de garantizar los derechos del niño, lo que concierne su rol facilitador de protección directa, mediante programas de salud y educativos, e indirecta, a través de los padres. La relación Estado-padres es fundamental para alcanzar el cumplimiento de tales derechos.

Por otro lado, el numeral 1 del artículo 27° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño señala que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (Unicef 2006: 21).

Así mismo, y no menos importante tenemos el pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, mediante sentencia expedida por el expediente 02079-2009-PHC/TC, también desarrolla el Interés superior del niño y del adolescente, manifestando como relevante y aplicable al caso en concreto el fundamento 13, señala lo siguiente:

En consecuencia, **en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último** (Tribunal Constitucional 2010).

En relación con la pregunta realizada inicialmente, la Corte Suprema de Justicia declara infundado el recurso de casación; en consecuencia, no casaron la sentencia de vista que declara fundada la demanda. Si bien es cierto, pese que en la casación materia de análisis, se hace mención que la menor fue procreada bajo la técnica de reproducción asistida, mediante “Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler”, cabe advertir que en ningún momento la Corte Suprema desarrolla como tal la legalidad de ésta. Por el contrario, considero que el interés superior del niño no debe generar ningún conflicto de interés entre los padres criadores y la madre portante. Se entiende que esta técnica debe visualizar la necesidad de hacer cumplir los derechos de identidad, salud, educación y vivienda de cualquier menor, sin importar el proceso de procreación.

Entonces, tenemos que, por un lado, sí resulta ser el caso que la Corte Suprema hubiese desarrollado dicha figura, desde mi punto de vista la Sentencia de Casación N° 563-2011, no hubiera variado en lo absoluto su pronunciamiento, en virtud de la aplicación del principio del interés superior del niño y adolescente, el cual nos indica claramente que siempre se va a proteger los derechos constitucionales del menor, además de optar por la decisión más favorables para el menor, el cual es protegerla mediante la adopción, a efectos que la menor siga teniendo los cuidados y protección integral de su desarrollo, que desde un principio recibió al ser entregada a los días de nacida, por sus padres biológicos a sus pre adoptantes los demandantes.

En ese sentido, se tiene que en el presente caso materia de análisis se observa una oposición de derechos, es decir un conflicto de derechos, respecto al INTERÉS SUPERIOR DE LA MENOR referente a el derecho a tener una familia frente a el derecho que tienen sus

padres biológicos en ejercer la patria potestad, derecho que se consigna en el inciso 5 del artículo 378° del Código Civil Peruano de ese entonces, el cual establece lo siguiente: “Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela” (Código Civil Peruano 2016: 203).

De acuerdo con lo manifestado en el párrafo precedente respecto del artículo mencionado, los padres biológicos de la menor tienen el derecho de ejercer su patria potestad, en tal sentido en la sentencia de casación se menciona que los padres biológicos desde antes de la procreación de la menor aceptaron procrear a la niña mediante reproducción asistida – “maternidad subrogada”, a cambio de un beneficio económico, lo que la aleja de toda realidad de la concepción de la maternidad y el hecho de ser padres, asimismo desnaturalizó la condición humana de la menor al indicar que lo harían por mejorar su calidad de vida, y poder viajar a Italia con su familia. Además, los padres biológicos a los días que nació la menor, la entregaron a los pre adoptantes, hecho que refleja que ellos desde un inicio evadieron todo tipo de responsabilidad de ser padres, dejando a la niña al cuidado de otro, sin protección al desarrollo de su integridad.

Del mismo modo, en los informes psicológicos y sociales se observa que la madre biológica no tiene una relación afectiva con la menor, ya que al momento de referirse a sus hijos sólo nombra a sus dos hijos mayores y no a la menor, quedando demostrado que no existe ningún tipo de afecto por parte de la madre biológica con la menor. Queda evidenciado que, al entregar a la niña a los nueve días de nacida, se acredita que los padres biológicos desde un inicio no tenían la intención de ser padres.

Por otro lado, al momento de realizarse los informes psicológico y social a la menor, ella expresa que se encuentra identificada con el entorno familiar que le han brindado los pre adoptantes, así mismo, los pre adoptantes gozan con solvencia moral, además que en los referidos informes salieron en favor de ellos.

En virtud de lo expuesto, es necesario aplicar el fundamento 13, establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al expediente 02079-2009-PHC/TC, el cual dispone que, ante una oponibilidad de derechos en donde se tenga el derecho de un adulto frente el derecho de un menor, va a prevalecer este último. En aras de proteger el principio superior del niño y garantizar su libre desarrollo integral de la menor, debe prevalecer el derecho de la menor a tener una familia y se continúe con la protección que desde un inicio se le dio por parte de sus pre adoptantes. Es el derecho a crecer con una familia, que desde un inicio le brindó amor, protección y cuidados. No como el caso de sus padres biológicos

que desvalorizaron la condición humana de la menor y por ende corre el riesgo de no ser atendida con los cuidados necesario que requiere un menor para su correcto y buen desarrollo integral, en virtud de lo consignado en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú y artículo IX del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, así como los tratados internacionales mencionados en los párrafos precedentes.

Siguiendo la misma línea, respecto a la figura de “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, una vez nacido el menor, mediante la Técnica de Reproducción Asistida, no se le debe negar sus derechos, sobre todo en aquellos derechos que favorezcan en su libre desarrollo integral de su personalidad, así como el derecho a la dignidad. El hecho de reconocer el derecho a tener una familia, y permitir que formen parte de ella como un miembro más, se evidencia el interés superior del niño y que se debe tener en cuenta al momento de la presencia de un conflicto de derechos.

En tal sentido, estoy a favor del pronunciamiento de la Corte Suprema, al prevalecer el “interés superior del niño” ante cualquier derecho oponible que se vea perjudicado y velar por su máxima protección, asimismo se ha garantizado los derechos constitucionales de la menor, prevaleciendo su derecho a tener una familia, la menor siempre merece ser feliz y bajo la atención y cuidados de sus padres, quienes son los únicos que le darán amor.

## VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. Queda claro que la interpretación que se le da al artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) solo reconoce y regula un tipo de maternidad. Asimismo, exige que la madre biológica debe ser la misma que la gestante, lo que descarta otros tipos de reproducción asistida. Por ejemplo, no se permite que la madre genética sea distinta a la madre que reconoce legalmente al menor, o distinta a la madre que llevó el embarazo (la que prestó su vientre). Por consiguiente, en nuestro ordenamiento no se permite “la maternidad subrogada o alquiler de vientre”.
2. Es urgente la existencia de una ley que contemple los procedimientos a realizar, en razón de que este tipo de técnicas incluyen procedimientos ligados a la vida humana, debería pensarse en elaborar una Ley especializada sobre el tema. Aunado a ello, se trata de evitar que se comentan excesos respecto del uso de estas prácticas de reproducción asistida, bajo el pretexto de querer formar una familia y el proyecto de vida que esto trae consigo.
3. En el presente caso, la Corte Suprema omite pronunciarse respecto a la técnica de reproducción asistida, por lo que se puede presumir que ello se debe en razón que la misma no se encuentra regulada de manera específica en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es un claro ejemplo de “maternidad subrogada o vientre de alquiler”. Sin embargo, la Corte Suprema hizo prevalecer el INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA, toda vez que se ponía en situación de riesgo el cuidado de la menor, porque sus padres biológicos quienes ejercían la patria potestad desde un inicio desvalorizaron la condición humana de la menor, solicitando una contraprestación económica a efectos de mejorar su calidad de vida y viajar a España, a cambio de entregar a la menor a sus adoptantes, lo que se logró.
4. Siguiendo la misma línea, respecto a la figura de “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, una vez nacido el menor, mediante la técnica de reproducción asistida, no se le debe negar sus derechos, sobre todo en aquellos derechos que favorezcan en su libre desarrollo integral de su personalidad, así como el derecho a la dignidad. El hecho de reconocer el derecho que tienen a tener una familia, y permitir que formen parte de ella como un miembro más, se evidencia el interés superior del niño y que se debe tener en cuenta al momento de la presencia de un conflicto de derechos.

5. Se deduce que la filiación no sólo se da por la vinculación de padre a hijo biológico, sino que como en este caso, se otorga a través del reconocimiento legal y está direccionado a quiénes ante la ley está registrado como padre de la menor, bajo la inscripción del acta de nacimiento. Por otro lado, es necesario indicar que en la presente casación el Derecho Peruano admite, en caso de adopción, la filiación en favor de los pre adoptantes de la menor, que en este caso serían los demandantes, ya que el menor pasa a tener la calidad de hijo de sus pre adoptantes y deja de pertenecer a su familia consanguínea, asimismo se inscribe una nueva partida de nacimiento.
6. En el presente caso no se puede afirmar que haya ocurrido un supuesto fraude a la ley, siempre que sea el caso que “la maternidad subrogada” se encuentre expresamente prohibida en el ordenamiento peruano. Sin embargo, se ha manifestado en los párrafos precedentes que tal premisa de “PROHIBICIÓN” no es cierta, en razón que el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) solo establece que, permite el uso de las técnicas de reproducción asistida, “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona” (1997: 4).
7. Dentro de nuestro ordenamiento peruano, la Ley General de Salud (Ley N° 26842) no impone una sanción; de ahí que no se puede colegir que, de esta sanción, desencadene el antecedente de esa consecuencia jurídica sea un acto prohibido, en consecuencia, una conducta jurídicamente ilícita. Entonces, al no estar esta conducta expresamente prohibida por la ley; por tanto, no supone una conducta ilícita, simplemente lo que trata de indicar la norma es que será considerado válido el tipo de reproducción asistida siempre que madre gestante y madre genética sean la misma.
8. Si fuera el caso que la “maternidad subrogada” estuviera expresamente prohibida en nuestra legislación peruana, indica una conducta ilícita, pues el hecho de optar como salida legal por una adopción por excepción, podría reflejarse como una evasión de una norma que está expresamente prohibida, en razón que en este caso la única norma que regula la TERA rechaza la “Maternidad Subrogada”, por lo que al no poder aplicarse al caso en concreto materia de análisis se opta como una salida legal el uso de la norma que permite el pedido de adopción por excepción. Por tanto, no se podría hablar de un supuesto fraude a la ley, en virtud que la “maternidad subrogada” como tal su prohibición no está contemplada de manera expresa en nuestro ordenamiento.

9. Por ende, si hubiera existido de manera expresa la prohibición de la norma, respecto al uso de la TERA – “maternidad subrogada”. A pesar de eso, se lleva a cabo la conducta y al estar establecido como lo indica el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), “la filiación materna con aquella mujer que da a luz”, entonces como única opción para los pre adoptantes es recurrir al pedido de adopción por excepción, pedido que pone al Juez en una posición difícil de decidir entre otorgar la adopción y favorecer la violación de la ley que impide se lleve a cabo dicha conducta o proceder en denegar la adopción dejando a la menor sin padres.
10. Ante la existencia de oponibilidad de derechos, en donde se tenga que elegir el derecho de un adulto frente el derecho de un menor va a prevalecer este último, en aras de proteger el principio superior del niño y garantizar su libre desarrollo integral de la menor. Es el caso de que debe prevalecer el derecho de la menor a tener una familia y se continúe con la protección que desde un inicio se le dio por parte de sus pre adoptantes.
11. Siguiendo la misma línea, respecto a la figura de “maternidad subrogada o vientre de alquiler”, una vez nacido el menor, mediante la técnica de reproducción asistida, no se le debe negar sus derechos, sobre todo en aquellos derechos que favorezcan en su libre desarrollo integral de su personalidad, así como el derecho a la dignidad. El hecho de reconocer el derecho a tener una familia, y permitir que formen parte de ella como un miembro más, se evidencia el interés superior del niño y que se debe tener en cuenta al momento de la presencia de un conflicto de derechos.
12. Finalmente, el pronunciamiento de la Corte Suprema fue el correcto, en razón de que prevaleció en todo momento el interés superior del niño ante cualquier derecho oponible que se vea perjudicado y velar por su máxima protección, asimismo se ha garantizado los derechos constitucionales de la menor, prevaleciendo su derecho a tener una familia, la menor siempre merece ser feliz y bajo la atención y cuidados de sus padres, quienes son los únicos que le darán amor.

## VII. POSIBLE ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN

Al presente caso, se ofrece como posible alternativa de solución, a efectos de que exista realmente una salida legal a los conflictos que se presentan como es el caso de la casación materia en análisis, ante la no existencia de leyes especiales por decidía del Congreso, que regulen la maternidad subrogada o vientre de alquiler de una manera amplia; en la cual puedan recurrir los operadores jurisdiccionales para resolver los casos en concreto.

En razón a ello, debe recurrirse a la facultad conferida en el artículo 400° del Código procesal civil, esto es al Precedente Judicial, a efectos de establecer un solo criterio rector para la solución uniforme de casos idénticos o similares.

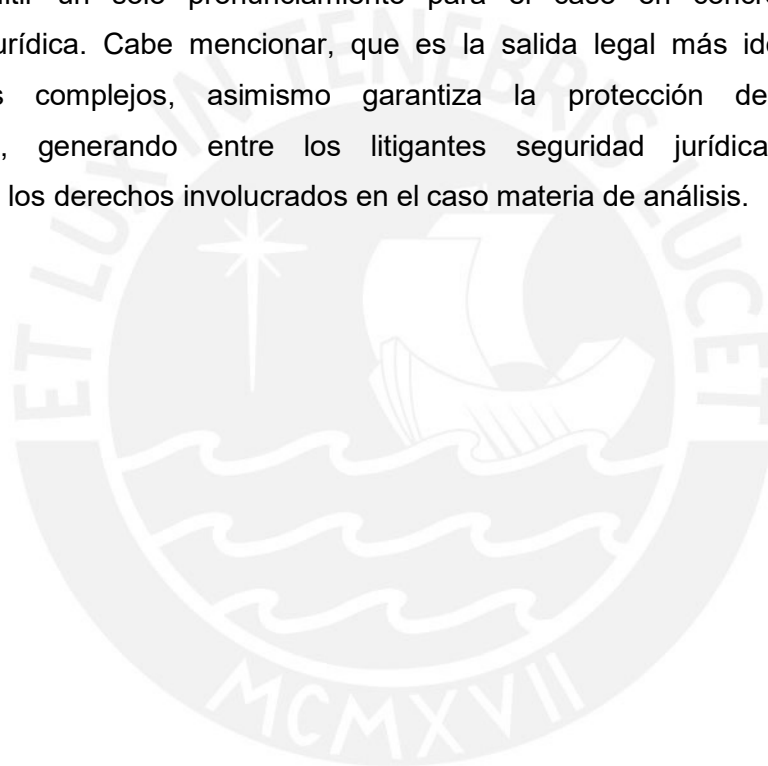
En virtud del análisis desarrollado en el referido informe, respecto de la maternidad subrogada, menciono dos sentencias, emitidas por la Corte Suprema con pronunciamientos distintos. Para ello, surge la sentencia vinculante, dicha sentencia va a absolver todas las dudas o criterios que no son uniformes para consolidarla en una sola idea, esa unificación de criterios hace que todos los órganos jurisdiccionales resuelvan en ese sentido. En el caso en concreto, no hay norma que regule de manera específica la “Maternidad Subrogada”. Sin embargo, la única norma que hace referencia a la reproducción asistida es el artículo 7 de la Ley General de Salud. Es por ello, que recurro a la figura de la sentencia vinculante en aras de dar solución al caso en concreto, a efectos que en un futuro sirva de referencia a los operadores jurisdiccionales.

En lo que a mí respecta, es una manera concreta y objetiva de poder desarrollar el presente y otros casos que en el futuro se puedan presentar. Así mismo, soy del criterio en aplicar la doctrina jurisprudencial, en la cual a través de la jurisprudencia se puede realizar una modificación, ampliación o interpretación respecto de este artículo 7° de la Ley General de Salud. Conforme a lo manifestado y en virtud del principio de predictibilidad, es conveniente que se llame a Pleno Casatorio para que se unifiquen criterios, a efectos de indicar cómo se va a resolver frente a estos casos.

Por ello, ante la falta de reglamentación de las normas que deben existir, resulta de aplicación pertinente recurrir al artículo 400° del Código Procesal Civil, que regula la sentencia vinculante, mediante el cual los jueces de la Corte Suprema se reúnen a efectos de debatir un caso en concreto, resolver y unificar criterios, que serán de aplicación general para todos los jueces de la República, es decir, nadie puede resolver distinto a ello.

Desde mi punto de vista es el Poder Judicial, quién puede brindar las herramientas legales necesarias, legislando a través de doctrina jurisprudencial desarrollado en sus sentencias vinculantes, para que todos los jueces del Perú puedan resolver teniendo en cuenta los puntos que ellos han desarrollado en las mismas, que servirán para resolver estos problemas jurídicos. En razón, que los vincula aplicar lo resuelto en la sentencia vinculante bajo responsabilidad; tal como lo dispone el artículo 384° del Código Procesal Civil.

En virtud, del análisis expuesto y desarrollado, en los párrafos anteriores se tiene por conocimiento que el Precedente Judicial es aquella regla general que se obtiene como consecuencia de un caso en concreto para resolver futuras soluciones fácticas similares, a efectos de emitir un solo pronunciamiento para el caso en concreto, sin generar incertidumbre jurídica. Cabe mencionar, que es la salida legal más idónea para poder resolver casos complejos, asimismo garantiza la protección de los derechos constitucionales, generando entre los litigantes seguridad jurídica, respetando y salvaguardando los derechos involucrados en el caso materia de análisis.



## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LLANOS, Benjamín  
2020 *Relaciones familiares y herencia*. Lima: Instituto Pacífico.
- 2016 *Tratado de derecho de familia*. Lima: Lex & Iuris.
- APARISI MIRALLES, Ángela  
2017 “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”. *Cuadernos de Bioética*. Madrid, volumen XXVIII, número 2, pp. 163-175.  
<https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223003.pdf>
- AQUIZA CÁCERES, Rocío Y OTROS  
2014 *El interés superior del niño en los procesos de adopción por excepción en los juzgados de familia del cercado de Arequipa*. Arequipa: Academia de la Magistratura, Grupo de Autocapacitación en Familia.  
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57e97200463101048bebffca390e0080/INTERES\\_SUPERIOR\\_DEL\\_MENOR\\_EN\\_PROCESOS\\_DE\\_ADOPCION\\_POR\\_EXCEPCION.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=57e97200463101048bebffca390e0080](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57e97200463101048bebffca390e0080/INTERES_SUPERIOR_DEL_MENOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=57e97200463101048bebffca390e0080)
- CÓDIGO CIVIL PERUANO  
2016 *Decreto Legislativo N° 295*. Decimosexta edición. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Consulta: 9 de mayo de 2022.  
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf](http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf)
- CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES  
2000 Ley N° 27337. Ley que Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. Lima, 7 de agosto. Consulta: 10 de mayo de 2022.  
[https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Codigo\\_Ninos\\_Adolescentes.pdf](https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Codigo_Ninos_Adolescentes.pdf)
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ  
2019 *Constitución de Perú de 1993 con las reformas ratificadas en el Referéndum de 2018*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019\\_WEB.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf)
- CUADERNOS DE DERECHO  
1992 Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Año 1, N° 1, Lima, 1992.
- CUENCA, Ricardo y Ramón DÍAZ  
2010 *Ciudadanía de papel. La niñez indocumentada en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos / Consorcio de Investigación Económica y Social.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS  
1997 *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Edición de Jaime Oraá Oraá y Felipe Gómez Isa. Bilbao: Universidad de Deusto.
- DIARIO LA INDUSTRIA  
1993 Internacional. Trujillo, 15 de junio, p. B4.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF)  
2006 *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid: Unicef, Comité Español.

- HAUSER, John  
2010 “La gestation pour autri: aspects juridiques et ethiques”. En *La liberté de la personne sur son corps*. París: Dalloz.
- JOUVE DE LA BARREDA, Nicolás  
2017 “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de Bioética*. Madrid, volumen XXVIII, número 2, pp. 153-162.
- LEY N° 26497  
1995 *Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil*. Lima, 28 de junio. Consulta: 10 de abril de 2022.  
[http://www.reniec.gob.pe/portal/html/rccc/LEY\\_ORGANICA\\_RENIEC.pdf](http://www.reniec.gob.pe/portal/html/rccc/LEY_ORGANICA_RENIEC.pdf)
- LEY N° 26842  
1997 *Ley General de Salud*. Lima, 15 de julio. Consulta: 10 de abril de 2022.  
<https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842>
- MINISTERIO DE SALUD (MINSa)  
2005 *Derechos humanos y derechos a la salud. Construyendo ciudadanía en salud*. Lima: Organización Panamericana de la Salud.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara  
1997 *Derecho y genoma humano*. Lima: San Marcos.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)  
2016 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural.
- PACHECO ROJAS, Diana  
2018 “Esta es la sentencia de la Corte Suprema que reconoció la maternidad subrogada [Casación 563-2011, Lima]”. *Pasión por el Derecho*. Lima, 6 de septiembre. Consulta: 11 de abril de 2022. <https://lpderecho.pe/primer-caso-maternidad-subrogada-corte-suprema-casacion-563-2011-lima/>
- RUPAY ALLCCA, Lourdes  
2018 “La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 51, pp. 103-117.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/20862>
- SIVERINO BAVIO, Paula  
2010 “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas”. *Revista Jurídica*. Buenos Aires, número 14, pp. 19-42.  
<http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/906>
- 2012 “Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú”. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. Lima, volumen 58, número 3, pp. 213-219.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
2010 *Expediente N.º 02079-2009-PHC/TC*. Lima, 9 de setiembre.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

VALDÉS DÍAZ, Caridad

2014 “Maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de estas técnicas”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Badajoz, número 31, pp. 459-482. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique

2013 *Tratado de Derecho de familia. Volumen IV, Derecho de la filiación*. Lima: Gaceta Jurídica.

1999 *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial.

VILLAMARÍN ZÚÑIGA, Carlos

2014 *La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?* Tesis de licenciatura en Derecho. Arequipa: Universidad Católica de Santa María, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.



## VIII. ANEXOS



